

**Αριθμός απόφασης: Α 80 / 2019**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Φεβρουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με αρ. 241/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 180/12-02-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα ....., που κατοικοεδρεύει στην ....., επί της οδού ....., αρ. .... (εφεξής «προσφεύγων»).

Κατά της 95<sup>ης</sup> ....., που εδρεύει στη ....., νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ») και κατά της με αριθμό Φ.600.163/30676/31-1-2019 απόφασής της, στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού διαγωνισμού, για την ....., (ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΥΠ' ΑΡΙΘ. ....), κατά το μέρος που δεν απέκλεισε από το διαγωνισμό την εταιρεία με την επωνυμία «.....», αλλά κατακύρωσε το αποτέλεσμα του σε αυτήν, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. .... Διακήρυξη η ..... προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου για την ....., εκτιμώμενης αξίας 140.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον

## **Αριθμός απόφασης: Α 80 / 2019**

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), όπως αυτή συνάγεται από το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό επί της μέσης αποφορολογημένης λιανικής τιμής πώλησης των ειδών επί του «Δελτίου Πιστοποιήσεως Τιμών» του Τμήματος Εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής, το οποίο θα είναι ενιαίο για όλα τα είδη. Η Διακήρυξη καταχωρίστηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 22-08-2018 με ΑΔΑΜ: ..... 2018-08-22, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), έλαβε δε συστημικό αριθμό ..... (εφεξής «διαγωνισμός»).

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 12-02-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πέραν του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, αιτείται και να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του, προκειμένου να μην καταστεί αυτή αλυσιτελής και να μην υποστεί ζημία που ισχυρίζεται ότι θα είναι εξαιρετικά υψηλή.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό .....), ποσού 700,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ (140.000,00€) και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-08-2018) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινομένη

## **Αριθμός απόφασης: Α 80 / 2019**

διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά ο προσφεύγων (α/α προσφοράς 111264), η εταιρεία με την επωνυμία ..... (α/α προσφοράς 108880) και η ..... (α/α προσφοράς 108503). Με την με αριθμό Φ.600.163/29/17285/Σ.4323/24.10.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκε το από 28 Σεπτεμβρίου 2018 Πρακτικό Καταχώρισης Στοιχείων Προσφορών Προμηθευτών και Ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής και κρίθηκαν αποδεκτές στο διαγωνισμό οι προσφορές όλων των διαγωνιζομένων, ορίσθηκε, δε, η ημερομηνία αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών. Μετά και την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών στις 06.11.2018 κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργίας της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού η με αριθμ. Φ.600.163/30/17590/Σ.4524/05.11.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα συνημμένα σε αυτήν Πρακτικά, ήτοι α) το από 26.10.2018 Πρακτικό Αποσφράγισης Οικονομικών Προσφορών, στο οποίο αναφέρονται οι προσφερθείσες εκ μέρους των διαγωνιζομένων εκπτώσεις, ήτοι 6% από την ....., 7% από τον προσφεύγοντα και 10% από την εταιρεία με την επωνυμία ..... Ο.Ε. (εφεξής ..... ) και με το οποίο έγιναν αποδεκτές οι οικονομικές προσφορές όλων των διαγωνιζομένων και β) η από 01.11.2018 Εισηγητική Έκθεση Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, με την οποία η Επιτροπή εισηγήθηκε την ανάδειξη της εταιρείας ..... ως προσωρινής αναδόχου της προμήθειας. Κατά της τελευταίας αυτής πράξης της αναθέτουσας αρχής ο προσφεύγων την 16-11-2018 άσκησε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προδικαστική προσφυγή, που απορρίφθηκε με τη με αριθμό 17/2019 Απόφαση (Α.Ε.Π.Π. 5<sup>ο</sup> Κλιμάκιο). Μετά τη συνέχιση του διαγωνισμού, την 25<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2019 αποσφραγίστηκαν τα δικαιολογητικά

### **Αριθμός απόφασης: Α 80 / 2019**

κατακύρωσης της προσωρινού αναδόχου και με τη με αριθμό Φ.600.163/30676/31-1-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (προσβαλλόμενη πράξη) εγκρίθηκε το πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης προσωρινού αναδόχου της 25<sup>ης</sup> Ιανουαρίου του έτους 2019 και κατακυρώθηκε οριστικά η σύμβαση στην εταιρεία .....

6. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα εξής: 1) Η προσωρινή ανάδοχος δεν προσκόμισε αποδεικτικό φορολογικής ενημερότητας εντός του χρόνου, που είχε ταχθεί με το με αριθμό Φ600/2/303390/18-1-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι η φορολογική ενημερότητα της ως άνω εταιρείας, αναρτήθηκε στην σελίδα του διαγωνισμού, την 25-1-2019 και ώρα 18.33.50 μ.μ, ενώ η πρόσκληση ανέφερε την 09.00 π.μ. Μάλιστα, ενώ η Επιτροπή ελέγχου δικαιολογητικών συνεδρίασε την ίδια μέρα και ώρα 09:15 π.μ. βεβαιώνει ότι τα δικαιολογητικά υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα. Συνεπώς, λόγω της εκπρόθεσμης υποβολής της φορολογικής της ενημερότητας και σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 104 παρ. 4 ν.4412/2016, η προσωρινή ανάδοχος έπρεπε να αποκλειστεί, 2) Επιπλέον, η προσωρινή ανάδοχος, υπέβαλλε το με αριθμό πρωτ. Μ 3079/7-11-2018 πιστοποιητικό του επιμελητηρίου Δωδεκάνησου, το οποίο όμως έχει χρόνο ισχύος μέχρι 31-12-2018, κατά συνέπεια δεν ισχύει κατά τον χρόνο υποβολής του, υπέβαλλε δε και το με αριθμό πρωτ. 582022.829348/8-5-2018 πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, το οποίο όμως έπρεπε να εκδοθεί μετά την ημερομηνία της πρόσκλησής του, διότι βεβαιώνει γεγονότα μέχρι την ημέρα έκδοσης του. Είναι συνεπώς μη νόμιμα τα δύο ως άνω πιστοποιητικά και για τους λόγους αυτούς θα έπρεπε να αποκλειστεί η προσωρινή ανάδοχος. 3) Επίσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσωρινή ανάδοχος εταιρεία έπρεπε να αποκλειστεί, διότι ο εκ των ομορρύθμων εταίρων της, ..... του ..... με τη με αριθμό 119/20-07-2016 απόφαση του ΔΣ της ..... κηρύχθηκε έκπτωτος από σύμβαση μίσθωσης ακινήτου, σε δημόσιο διαγωνισμό στον οποίο ήταν ανάδοχος, συνεπώς η καθ' ης εταιρείας εμπίπτει στον προβλεπόμενο στο άρθρο 2.2.γ.(3) (στ), λόγο αποκλεισμού (... αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης,

## **Αριθμός απόφασης: Α 80 / 2019**

προσφέρων οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (στ) εάν έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης δημόσιας σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις ...). Το παράπτωμα αυτό, η προσωρινή ανάδοχος παρέλειψε να το δηλώσει στο ΤΕΥΔ της, το προέβαλε ο προσφεύγων στην πιο πάνω προσφυγή του που απορρίφθηκε, σε κάθε περίπτωση συνεπώς η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την αποκλείσει με βάση τις διατάξεις του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 («... 6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. ...»), 4) Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εφόσον η προσωρινή ανάδοχος απέκρυψε το παράπτωμά της αυτό από το ΤΕΥΔ της εμπίπτει στις διατάξεις της περ. (ζ) των προβλεπόμενων και παραπάνω αναφερόμενων στη διακήρυξη λόγων αποκλεισμού («...Εάν κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 2 παραγράφου 2δ της παρούσας») και, συνεπώς, θα έπρεπε να αποκλειστεί και για το λόγο αυτό.

7. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με τις με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/6/31079/ Σ.631/18-02-2019 απόψεις της αντικρούει επί της ουσίας τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, δεν προβάλλει όμως κανέναν ισχυρισμό σχετικά με το αίτημα προσωρινής προστασίας του προσφεύγοντος,

### **Αριθμός απόφασης: Α 80 / 2019**

ούτε εγείρει ζήτημα βλάβης του δημοσίου συμφέροντος από την τυχόν αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας.

9. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχει ολοκληρωθεί και το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, επίκειται δε να επέλθουν τα έννομα αποτελέσματα της οριστικής κατακύρωσης της σύμβασης σε αυτόν, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 παρ. 3 του ν. 4412/2016.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης του φακέλου της υπόθεσης, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που αυτή πληροί, επιπλέον, τουλάχιστον ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί της ύπαρξης λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο της προσωρινής αναδόχου, ένεκα σοβαρής πλημμέλειας κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης δημόσιας σύμβασης παραχώρησης, δεν μπορεί να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμος. Τούτο, δε, διότι τον οικείο λόγο αποκλεισμού, πράγματι προβλέπει η διακήρυξη στο άρθρο 2.2.γ(3) αυτής, περίπτωση (στ), από τους σχετικούς δε ισχυρισμούς του προσφεύγοντος δεν μπορεί να αποκλειστεί σε κάθε περίπτωση ότι δεν συνέτρεχε στο πρόσωπο της προσωρινής αναδόχου. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας όλων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με

### **Αριθμός απόφασης: Α 80 / 2019**

απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 παρ. 3 του ν. 4412/2016 που έχει εφαρμογή στο διαγωνισμό, μετά την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής τα έννομα αποτελέσματα της προσβαλλόμενης απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού και ιδίως η σύναψη της σύμβασης δεν επέρχονται μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής και της παρόδου άπρακτης της προθεσμίας για δικαστική προστασία επ' αυτής. Συνακόλουθα, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, θα πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 21 Φεβρουαρίου 2019, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αλέξανδρος Γρυπάρης**